



TITLE:

獨乙の漁場入會制度に就いて

AUTHOR(S):

岡本, 清造

CITATION:

岡本, 清造. 獨乙の漁場入會制度に就いて. 經濟論叢 1935, 40(1): 180-199

ISSUE DATE:

1935-01-01

URL:

<https://doi.org/10.14989/130539>

RIGHT:

會學濟經學大國帝都京

叢論濟經

號壹第

卷十四第

行發日一月一年十和昭

新年特別號

免稅點以下の小所得者への地方課税	法學博士 神戸正雄
勢力關係の性質	文學博士 高田保馬
ブラジルに於ける移民制限問題	法學博士 山本美越乃
政策研究に就て	經濟學博士 作田莊一
農業政策の擔當者としての産業組合	經濟學博士 八木芳之助
漁村經濟調查論	經濟學士 蟠川虎三
私經濟との比較による財政の本質	經濟學士 中川與之助
自由主義の論據	經濟學士 柴田敬
フランス・フランスに就いて	經濟學士 松岡孝兒
山口藩に於ける幕末の洋式工業	經濟學士 堀江保藏
支拂準備の法定に就て	經濟學士 中谷實
獨この漁場入會制度に就いて	經濟學士 岡本清造
積荷單獨海損填補方法の吟味	經濟學士 佐波宣平
ロッシヤの歴史的方法	經濟學士 白杉庄一郎
經營信任會の效果に就いて	經濟學士 大塚一朗
貿易統制の制限性と促進性	經濟學博士 谷口吉彦
酒税の改正	經濟學博士 汐見三郎
現金の流通と預金の増減	經濟學博士 小島昌太郎
國益主法掛について	經濟學博士 本庄榮治郎
新着外國經濟雜誌主要論題	

獨乙の漁場入會制度に就いて

岡 本 清 造

一 は し が き

獨乙漁場制度上に漁場入會關係の占めてゐる地位を明かにし、其の成立・推移の過程を、獨乙漁場制度及びより一般的に獨乙財産制度の全發展過程と關聯せしめつゝ跡づけ、以て漁場並びに漁業生産關係の諸特質を具象的に闡明ならしめることや、或は又獨乙の漁場入會關係と本邦の入漁權¹⁾及び漁場入會權²⁾制度、澳大利の *die Gerechtsame des Mitfischens*³⁾、英吉利の *Common of Fishery*⁴⁾、其他諸國に於ける同類の漁場諸制度とを比較し、以て漁場入會關係の共通型を求めて之につき研究を進めるが如きことは、この小論稿に於て企て及び得ない所である。以下では、漁場整理上特に意義の大なる漁場入會制度を研究せんとするに際し、獨乙に於ける入會漁場整理策の批判的考察を通じて之が全般的研究に進み入る前に、先づ整理の對象となつた入會漁場の何たるかについて極めて簡単な考察を試みようと思ふ。

二 漁場入會關係の意義

- 1) 漁業法第十二條以下。
2) 石田文次郎「土地總有權史論」(岩波書店昭和二年)、奈良正治「入會權論」(万里閣 昭和六年)二六一頁、佐藤百喜「入會權公權論」(常盤書店 昭和八年)二七二頁、原暉三「日本漁業權制度概論」(杉山書店 昭和九年)參照。
3) L. Brühl, "Fischerei", in Elster "Wörterbuch d. Volkswirt". 3. Aufl. 1911, S. 882.

漁場制度上、漁場入會關係の何たるかに就いては、從來未だ學者間に定説を見ざる状態にあり、^{註一}又各聯邦漁業法に於ても明確に規定せるもの稀なるのみならず、その規定も亦一致を缺いてゐるが、大體に於て次の兩關係を合せて入會漁場 *die Koppelfischerei* と稱してゐるやうである。^イ多數人に協同的に屬してゐる一漁場を地盤として各人が其上に個別的に漁權を行使する關係^ロ單純に同一水界部分上に多數漁權者が並存競漁する關係。

註一 入會漁場の概念的規定に關して從來二見解が對立してゐる。比較的舊き文獻に見らるゝ見解は、この下に多數の人格が同一水界部分上に彼等に協同的に歸屬せる一漁權を行使するの關係を意味せしめ、之に對し、入會漁場は同一水界部分上に多數の漁權が同時に並存する關係にして、各漁權者は他の漁權者の權利に依存せざる獨立の權利を享有すと解する者がある。^ロ又一九〇四年ハッセン地方長官は、入會漁場は唯同一水界部分上に於ける多數の漁權の行使なりと布告し、多くの者は同一水界部分上の多數漁權の同時的存立が所謂入會漁場なりと述べてゐる。

右掲の漁場入會の規定に就いて次の諸點に留意する必要がある。先づ、前掲兩關係中前者は主として舊獨乙法的な總有權關係の漁業に於ける一表現であるに對し、後者は羅馬法的な私的個人權關係を内容としてゐて、此理由から或は前者を特に純粹な入會漁場と呼ぶ場合もある。^ハ第二に、右の規定は未だ充分に明確な規定とは言ひ得ない。何者、沿岸地主の地先水界上の漁權^ニや又同一人が同一水界部分上に數個の漁權を有し之を行使するが如き關係は、當然之を入會漁場に含ましむべきでないに拘らず、右規定はこの點を明かにしてゐない。第三に、漁場入會關係の一般共通的な特徴が多數人が法律上正當に同一水界部分上に漁撈し得る點にあるが、斯の如き關係が果し

- 4) S. A. Moore and H. S. Moore, "The History and Law of Fisheries", London 1903, pp. 35-6, etc.; James Paterson, "A Treatise on the Fishery Laws of the United Kingdom", 2 Ed. London 1873, p. 4, pp. 54-57.
- 5) § 19, Gesetz betreffend die Fischerei der Ufereigentümer und die Koppelfischerei in der Provinz Hannover 26/6 1897; § 1, Gesetz betref. die Koppelfischerei im Reg.-Bez. Cassel 19/5 1908.

てイ)多數の人が各個獨立の漁權を有し、各自他の漁權者と相並んで而も他者からは獨立して之を行使し得る關係なるかロ)多數の人が本來分割し得べき一個の漁權を分割せず⁶⁾に共有し、各共有者が該權利の行使に參與する漁權共有關係であるかハ)一個の漁權が多數人より成る一團體に不可分の關係即ち漁場總有團體的關係であるかニ)或は各種原因に基きて取得せる他人の漁場上の役權として漁權が成立し、同一水界部分上に承役・要役の關係を形成してゐるか等、漁場制度の原理上嚴密に區別して取扱ふ必要があるに拘らず、上記の規定は漁場入會關係の實體的內容に觸れず、寧ろ唯形式的且つ廣義に規定してゐるに過ぎぬ。併乍ら他面に於てこの包轄的な規定の仕方も全然理由のない譯ではない。即ちイ)現存漁場制度就中特に入會漁場制度は永き獨乙の歴史的發展の結果成立せる諸關係の沈澱物にして、其内容は多種多樣に亘り、此等を類別してその各々を適切に規定することは法律制定の技術上不可能なるとロ)漁場の合理的利用を阻碍する點に於て前記孰れの關係も共に不合理にして、漁場整理の目的よりせば、敢て此等諸關係を區別するよりも寧ろ廣義に一括的に規定し、整理施設を講ずるを以て望ましとする、といふ理由があるからである。斯の如くに、原理上明確に區別して取扱ふべき諸關係を實際上は區別し難く、寧ろ夫等を一括して入會漁場と定義するを可とするの點に、漁場制度の實體を成せる漁場の本質的な諸特徴と近代法律關係を一般的に貫徹してゐる個人自由の原則との間の一矛盾が横つてゐる、と解すべきで

6) Dr. jur. Hans Müller, "Die Koppelfischerei etc.", Marburg 1910, S. 4. 7) L. Brühl, a. a. O.; Dr. Buchenberger, "Fischerei" in Conraud-Lexis, "Handwörterbuch der Staatswiss." 2 Aufl.; Dr. Adam Schwappach, "Forstpolitik, Jagd-und Fischereipolitik", Leipzig 1894, S. 334.

8) Art. "Die fischereirechtl. Verhältn. im Reg.-Bez. Kassel" (Fischerei-Zeitung, Nr. 6. Bd. 7 1907) S. 83.*die Fischerei der Ufereigentümer oder Adjazentenfischerei.

あらう。惟ふに、一般法制的近代の個人自由主義化に伴ひ漁場制度も亦漸次に少くとも形式上は此一般的な鑄型に嵌込まれたが、而もそれは唯制度上、形式上のことに屬し、漁場自體の本質的な諸特質はそれに依つて實體的な變化を蒙ること少く、茲に法制上の形態と其内容を成せる漁場との間に不適合な關係を生じ、斯くて現存漁場制度中に不可避的に尙ほ幾多舊來の諸關係が變態的な關係として殘存してゐるのである。入會漁場制度も亦その一例である。然らば、何故に斯の如き變態的な複雑な特殊な漁場入會關係が存してゐるか。これを明かならしめむが爲には、先づ入會漁場關係を發生的に考察することが必要であり、第二に漁場の本質、即ち自然利用方法としての水界の漁業的利用の本質から考察しなければならぬ。

三 入會漁場の成立過程

入會漁場の成立過程は、部落協同團體的な漁場關係から個人自由的な漁場關係への分解的發展を遂げ來つた獨乙漁場制度全般の發展史を反映してゐるから、其研究は當然獨乙漁場制度全般の發展過程の研究を通じてなされねばならぬが、これを詳細に敍べることは出來ぬから、以下極めて簡單に其の梗概を述べるに止めようと思ふ。¹⁰⁾

獨乙古代の法的觀念に従へば魚は無主の動物にして其採捕は各人に自由であつた、と敍べられてゐるが、¹¹⁾勿論之を近代の個人自由主義の意味に解すべきではない。蓋し、古代獨乙では其全領

9) Vgl. Weichsel, "Über gemeinschaftliches Eigentum, Gemeinheiten und Servituten", Marburg 1824, S. I ff. u. S. VI des Vorwärts (gezitiert im Hans Müller, "Die Koppelfischerei", S. 139)

10) 獨乙の漁場制度史の研究は追つて試みるであらう。参考文献も亦其場合に譲ることとする。

域を通じて漁場は總有財産アルメンデの一構成部分として部落協同體マルクゲノツセンシヤツトの不可分的財産に屬し、協同體構成員セの用益に供せられてゐたからである。漁撈は嚴密固有な意味に於ける所有アイゼンと結合してゐて、完全な自由民たる土地保有者は中世（略カロリンゲル朝頃迄）に至る迄彼等自己所屬の土地の上の水界のみならず、總有マルクの不分割財産に屬する全水界に漁撈することを得てゐた。漁場制度の其後の發展は漁撈と姉妹關係にある狩獵・狩獵場の制度のそれと同運命を辿り、前記の状態は永續せず、既に夙より幾多の制限が現れた。即ち部落協同體内部に私有財産制が成立し且つ諸職位の世襲化するや、漸次大土地領有制と身分階級制が成立し、部落協同體の漸徐的崩壞の上に土地貴族制・莊園制が形成し、其影響を受けて比較的廣大にして魚利に富める水界は土地貴族・莊園領主のために Banngewässer の宣言によりて封禁フイッシユライレガールせられた。莊園領主は斯くて中世期の進むに従ひ水界上に漁業特權フイッシユライレガールを設定し、比較的廣大な水界特に楫舟の便ある河川上に此特權を要求し、續いて此 Banngewässer と領主が河川交通に對して有せる監督權とを結合して漁業的利用を含む流水スルム高權ホーハイマを成立せしめ、時代の進むに従つて領主は狩獵場について行へると同方法を以て益々廣汎な水域に亘つて、更に屢々楫舟の便なき水界上にも其の漁業的專用特權の擴張に努めた。斯くて法的觀念の發展と共に、莊園領主のための利用權的な特權*が公法的な規律監督權的な漁業高權と共に成立したのである。勿論自由マルクに於ては古代の部落協同體的な漁場總有關係が依然殆ど完全に維持せられ、混合マルクに於ては半ば破壞されたが尙ほ可成り殘存した。之に反して莊園マ

11) Brühl, a. a. O.; Buchenberger, a. a. O. & "Die rechtl. Ordnung der Binnenfischerei" (G. v. Schönberg, "Handbuch d. pol. Oekonomie", 4. Aufl. II Bd. I Halbb. S. 383ff.); Dr. v. Staudinger; Dr. Fr. Giese; Karl Friedrichs, etc.

* die niedere od. nutzbare Fischereiregalien

ルクに於てはマルク住民の自由な漁撈が排除され、其上に領主の排他的な專用權が設定された。併乍ら、漁場の莊園的領有制の成立は必ずしも漁場の全利用が領主の直營下に獨占せらるゝに至つたことを意味しない、寧ろ森林内の狩獵とは異り領主自ら漁撈を享受せること少く、大體に於て一定の徵貢賦役等を條件として領民の利用を可成の範圍に認め、或は大魚・貴魚のみを、或は規模の大なる特殊の漁撈方法のみを領主の專屬とし、他は領民に許した。更に領民相互間及び部落相互間にあつては、漁場に對する諸關係は依然多くの點に於て舊き部落協同體的な關係を保持してゐた、と考へられてゐる。¹²⁾ 偕て上述の漁業特權^{レガール}は國王の土地領有權の形成に附隨して成立せるものであるが、それは、或は國王の狩獵特權の一派生物として *forestis aquatica*, *forestis piscationis* と觀念せられ、或は水法上の觀念たる「公共流水に對する國王の特權」から轉來せる *piscationum redditus* として觀念せられる等、複雑なものであつた。此の國王の漁業特權と相並んで、他の諸土地貴族も亦其領有地域内の水界上に同様の特權を成立せしめ、彼の私有水界上に漁權が形成せられたのである。

スタフェル朝末期以後、地方勢力の形成と帝國支配權の衰微・分裂とに伴ひ、上掲の漁業特權も亦漸次諸多の地方領主の掌中に移り、更に封建的關係の確立と主從身分的支配隷從關係の成立とに伴ひて、漁業特權は或は封建家臣への采邑授與、或は宗俗兩領主への寄進・贈與、或は都市・村落への授權、特に後に至つて都市の發達と商品經濟の進歩とに伴ひ漁^{フイツシエル・ツンフト(ギルド)}匠^{フイツシエル・ツンフト(ギルド)}組合等職業的漁

12) Schwappach, a. a. O. S. 333; Hans Müller, a. a. O. S. 8.

撈者の仲間や時には私的大漁業者等に對する免許等の諸過程を通じて、分割・譲渡せられた。漁業特權の分割譲渡は最初は一時限りに行はれるに過ぎなかつたが、漸次永代化するに至り、茲に於て漁業特權の高權性と利用權性とが明白に分化し、領主は漁場に對して上級支配權（オーベルレヒト）を有するに止まり、漁場は彼から授權された者の利用權の對象となるに至つた。爾來、漁場の分割譲渡は益々盛に行はれ、漁場の細分は愈々繁くなり、更に貨幣經濟の發達と共に漁場も亦動産的形態を呈するに至り、漁場分割の勢を増した。斯くして漁場に就いての數多の利用權の根據も亦多種に分歧し、既に中世末期には漁場關係の内容は著しく複雑化するに至つたが、之に加ふるに、羅馬法の繼受と共に廣汎な水界上に之に接壤せる地主の漁權（フィッシャー）が形成せらるゝに及び、一層其の複雑の度を加へたのである。以上の他に、舊來の沿岸住民の自由な漁撈、即ち沿岸村落住民が當然その水界上に小規模ではあるが自由に漁撈し得るの制度（フィッシャー）や、沿岸村落民が其村落内の水界上に自由に自家需要充足の爲の漁撈に參與し得るの制度（フィッシャー）が遺存してゐた。此等は、或は、舊慣の默認による其の殘存物として若くは後世に於ては一の共同役權として、同一漁場上に主たる權利と相並び重複して存續し、或は、逆に舊來の沿岸村落民の總有漁場上に領主特權及び其に基く諸權利が重複して設定せられ、且つ身分上若くは物上の負擔として沿岸土地若くは漁業特權の分割移讓に附従せる場合にも形成せられた。是に注意すべきことは、中世の漁場制度發展の結果、漁場關係に於て

(イ) 領主的（後に國家的）高權より派生せる漁場（オーベルレヒト）上級權及び之に基きその私法的仕方（私法）に於ける委讓の

* Adjazentenfischerei, 尙ほ之に關しては其成立を羅馬法より導き説明せんとする Brühl; Buchenberger 等と、獨乙水法より説明せんとする者—Lewald, "Die Adjazentenfischerei und ihre Beschränkung nach Analogie der Jagd", Danzig 1886, S. 6. (gez. im H. Müller, a. a. O. S. 9 fu.)—とがある。

** die freie oder wilde Fischerei, *** Fischerecht für den häuslichen Gebrauch, F. recht zu Tischer Notdurft, Küchenfischereirecht

結果成立せる諸權利 *Fischereirecht* と *ロ* (舊慣に基き認許せられた漁場利用權 (特に部落總有漁場の個別的利用權) 及びその種々なる仕方) に於て分化發展せる結果成立せる諸權利 *Fischereiberechtigung* とを、事實上並びに觀念上明白に區別し得べき狀態を生ずるに至つたこと、¹³⁾ 是である。以上略述した如き發展の結果、既に中世末期には漁場關係は同一水界部分上に於てきへも屢々非常に錯雜し、多種多様な諸權利を含む合成的な關係となつてゐた。即ち、漁場を媒介的契機とせる權利關係は、特權、大土地領有制、大農場領有制、特權免許、領主 (及び政府) による貸與、村落・部落的關係及び村・部落の分合に依る諸關係、水・水底に對する私有財産權、時効・慣行等による他人に屬する漁場上への漁權の取得、相續、契約等を基礎とせる諸多の權利を含み、隨つて、同一水界部分上に各種漁權が並存重複する關係即ち漁場入會關係が必然的に存立したのである。

十八世紀末より十九世紀初に及ぶ獨乙農制改革 (農民解放と土地整理) に關聯して、前記の中世獨乙漁場制度も亦漁民の身分法的關係の解放と漁場制度の近代化とに於て大に整理・確立された。漁民の隸從關係を廢して其人格を解放し、漁場・漁權に課せられてゐた諸種の負擔・貢租・賦役を解除し、領主の漁業上の一切の特權を近代國家の名に於て收奪し、漁權を一種の明白な私權として確立し、同時に總有的な漁場關係、漁場上の諸役權、更に漁權に隨伴せる岸地立入權^{*}等を整理・確定し、以て漁場利用の自由集約化を促すことが、十九世紀中葉前後に相續いで制定された各聯邦漁業法其他諸法令の主たる目的であつた。近代漁場制度は、舊來の漁場制度上の諸制限を打破

13) Friedrich Bestehorn. "Die geschichtliche Entwicklung des markischen Fischereiwesens", Marburg 1913, S. 17.

* Uftrittsrecht

し、之に自由主義的・個人私權的な體制を附與したものととして、大に意義がある。併乍ら、他面に於て、一般的な解放的諸法令が、從來漁場に關して保持せられてゐた村落・漁匠組合其他諸團體内部に於ける規則・慣行をも打破し、¹⁴⁾水界をして未確定の錯綜せる權利關係の下に多數の各種漁權者が個人自由主義的に漁利を追求する競争舞臺たらしめ、一般に水界の漁業的資源の荒廢を齎らしたが故に、近代漁業法は、一面に於ては右述の如く漁場制度の自由解放を旨指すと共に、他面に於て漁場荒廢の防止と水族保護との目的上漁權の行使・處分の自由に對する制限を自己の課題としなければならなかつたのである。¹⁵⁾ 偕て漁業法は他の諸法令と共に、先づ水界を其法的性質に應じて分類し其の歸屬を分明ならしめ、併せて漁場の歸屬關係を明確ならしめてゐるが、それは公法・私法の形式的區別に則り、個人主義的原則に遵つてゐる。又舊來の錯雜な關係を整理しつつ、水界の漁業的利用の權利關係を確立せんとしたが、此場合にも原則的には形式的な個人自由主義が自己を貫徹してゐる。而も漁業法は未だ完全に舊來の漁場關係の複雑な形態を清掃し得ず、漁場入會關係の如きも新形態の下に一層不合理な關係として殘存してゐる。然らば近代漁場制度の下に於て漁場入會關係が如何にして存立してゐるか。その一般的背景を明かならしめるために、主として普魯亞漁業法に據りて近代漁場制度を概説しよう。

公水上の漁業は國家特權（ステイツレガル）に屬し、私水上の漁業は該水界の所有者、^{*}若くは此上に他物權として獨立の物權（漁權）^{**}を有する者、又は沿岸地々主、沿岸町村の權利に屬する。^{**}之と並んで公私兩水

14) Dr. Hans Stromeyer, "Zur Geschichte der badischen Fischerzünfte", Karlsruhe 1910; von A. Wilke, "Die Geschichte der Fischergilde zu Havelberg" (Heft 32 "Prignitzer Volksbücher"); Hans Wiedemann, "Das Augsburger Fischerhandwerk in der Zeit von 1276 bis 1806", Augsburg 1916; Dr. W. Koch, "Die Geschichte der Binnenfischerei von Mitteleuropa" (Lieferung 1. Bd. IV. "Handbuch der Binnenfischerei Mitteleuropas", Stuttgart 1924----

界上に數多の漁權が、舊時の漁業特權（フエルクライウング）の貸與、漁業特權免許、封建采邑制（レナール）的、大土地領有・大農場領有制的諸關係に基つて存立してゐて、其結果屢々同一水界部分上に種々の漁權が相互に盤根錯節して存立し、更に其等漁權の相續や分割によりて愈々益々複雑化する。例へば、公水上の漁場に就いても、國庫（フヘスクス）の漁業特權は貸附文書の範圍内（フエルライウングスウルクンデ）で之を私人に排他的に讓渡し得るとの推定が妥當し、又四四年の時效によりて漁權が事實上の行使範圍に於て國庫の特權と其の前述の如き讓渡とに對抗して取得せられ、而も斯の場合にも漁場利用の共同的參與の禁止を明記されざる限り、原則的には國庫自身漁場利用權を保留してゐる。又流水たると否とに拘らず凡て私水上に於ては、沿岸地主が其所有地の延長に應じて水界の中線に至る範圍内に水・水底及び其全利用に就いての財產權を享有するから、該水界の漁業的利用權は當然彼の財產權の一派生物又は彼の所有地の從物（ベルネント）と解せられるが、斯の沿岸地主の漁場上に更に別個の漁權が獨立の物權即ち他物權として成立することが出來、而も之に依つて沿岸地主の漁權は原則的には排除せられない。他物權たる此種の漁權は、或は人格上の負擔・役權（*）なるか或は土地に癒合せる物上負擔・役權（**）なるかであつて、其内容につき何等の制限なき場合と魚の種類・漁法・個人的必要充足範圍内に於て等諸制限の課せられてゐる場合とがあり、又其の權利主體が個人なるか團體なるか等、詳しくは多種多様である。加之、「家庭的必要のための・食卓の用に供するための大小漁業者の權利（17）」と呼ばれてゐる漁權が依然として遺存してゐる。此種の漁權にあつては漁權享有者は漁獲物を輸送販賣す

15) Vgl. Eduart August Schroeder, "Fischerei-Wirtschaftslehre der natürlichen Binnengewässer". Dresden 1888, spez. S. 145 ff. 一尙ほ本書に就ては拙稿（シユレーデルの漁業經濟論）（經濟論叢三三ノ四）參照。

* Anstosser, Adjazenten, ** ein selbständiges dingliches Recht, ein Recht an fremder Sache; *** Gemarkungsgemeinde.

ることを得ず、又土地所有と癒着せる場合の外は該權利を賃小作に附することを許されない。此種の漁權は多く沿岸住民の最も原始的な漁場關係の遺存物として存立してゐるのであるが、併しその權源や形態も亦決して單純一樣ではない。

漁業法及び他の諸法令による漁場制度の近代的規定に於ては、上述の簡單な概觀によつても大體窺ひ得る如く、土地私有の原則が漁場關係にも擴張せられ、漁場の歸屬關係及び漁權の諸關係が土地私有との關聯に於て言はゞ屬地主義的に規定されてゐる。即ち、土地私有と結合せざる舊慣的な漁權が先づ第一に整理の犠牲に供せられ、漁場關係に於ても權利の私的個人主義が原則的に貫徹せられてゐる。例へば、先づ上掲の他物權的漁權は一八五〇年三月二日「地役權解除法」によりて之を解除し得べきものとし、又その時効取得は漁業法效力發生時迄に時効完結する場合に限りて之を認め、且つ人格的役權たる漁權は之を一八七二年以降土地原簿（グランドブック）に登記すべきものと定むる等、既存の權利の確立と整理とを圖り、併せて漁權の發生に一の制限を加へてゐる。¹⁶⁾殊に舊漁權の整理に關聯して漁業法の近代的意義の特に顯著なるは、「自由漁撈」（フライニッホッゲン）の一般的廢除にある。上に屢々觸れた如く、陸内水界上の漁撈は夙くより特別の權源を基礎として人的關係に結合せる權利の一に屬してゐた。例へば沿岸に位置せる部落・村落の固有の住民は、其住民たるの資格に基きて該水界に自由に漁撈することを得てゐた。然るに漁業法は此種の漁權を到る處に於て全廢せんとし、従前此の自由漁權の存してゐた地方に於ては、他の凡ての土地所有と結合せずし

16) Pertinenz der Grundstücke; (E. A. Schroeder, a. a. O. S. 147).

* Personallasten oder dienstbarkeiten, Personalservituten; ** Reallasten, Grunddienstbarkeiten, Realservituten.

17) die Recht des "Gross" oder "Kleinfischers" "für den häuslichen Gebrauch", oder "zu des Tisches Notdurft" (L. Brühl, "Fischerei", S. 883).

て全住民の享有し來りたる漁權と共に、之を行政上の町村に分割・歸屬せしめ、且つ此等町村をして該漁權の行使を賃小作又は漁業者指定の方法に限らしめてゐる。²⁰⁾沿岸住民の慣行的な自由漁撈は近代漁業法の下では一般的には最早や存しない。

以上簡單乍ら、漁業法に至る迄の獨乙漁場制度の發展を跡づけ、漁業法に於ける漁權の近代私權的確立と舊漁場關係の整理とに觸れたのであるが、漁業法に於ても舊來の漁場關係が新たな形態の下に依然として殘存し、而も斯くの如くに基礎づけられた漁權の相續・分割讓渡が自由に行はるゝ結果、同一水界上に各種の漁權が同時に並存するの狀態は不避的に現れるのである。今漁業法の下に於ける漁場入會關係の成立原因の各々に立入つて考察し、それ等の權利の法律的内容を吟味することを得ないから、之を別の機會に譲り、左に項目的に列舉しておくに止めようと思ふ。(一)舊來の總有漁場關係の遺制(二)領主特權の遺制(三)Bannforstの設定と其貸與(四)領主による采邑の授與(五)領主廳附屬の漁權の授與(六)慣行及び時効(七)契約、例へば一漁權の多數者による共同購入(八)漁權を癒合せる土地の多數者による共同取得(九)普魯亞漁業法第七條二項の規定(十)漁權の相續分割(十一)漁權の不備に乗ずる自稱篡奪的な漁權者の漁場利用の參加が、漁業法の下に於ける漁場入會關係の成立原因である。²¹⁾

四 漁場の特質と漁場入會關係

18) § 12. des Preuss. Eigentums-und Erwerbsgesetz; § 73, des Preuss. Grundbuchordnung.

19) §§ 6, 7, des Preuss. Fischerei-Gesetz 30/V 1874.

漁場入會關係は同一水界部分を共通の地盤として各種の漁權が並存し行使せらるゝ状態であるが、斯の如きは近代の絶對排他的な財産私有制の原則に對する顯著な例外であると云はねばならぬ。前述の其成立過程の概観は、斯かる關係が如何に漁權の存在形態の推移上成立するに至つたか、又それが如何に舊慣に基りて存立してゐるかを物語るが、未だ漁場入會關係が何故に存立してゐるかの理由を充分に説明してゐない。蓋し、近代農制（林制その他については茲に觸れない）に於て農地私有制と個人自由主義とが著しく進捗し、總有地分割や入會地整理及び役權解除が顯著に實行され、比較的長期間個人自由主義が支配し、漸く二十世紀初より（特に世界大戰後に於て）土地所有の自由に對する制限が著明となり始めたに對して、漁場關係に於て何が故に尙ほ幾多舊關係が清掃されずに殘存し、可成りの形態的變化を経てゐるとはいへ入會漁場の如きが尙ほ廣く存續してゐるか、の理由が明かでないからである。此の問題は漁場の特質から論じて始めて解決せられるであらう。

漁場は言ふ迄もなく水界を地盤としてゐるが、水界の諸性能の規定を受けて漁場は、土地殊に農地との比較に於て、有限性、流動可變性、相互依存關聯性、多岐利用性の四屬性を以て其特質とし、閉鎖排他的たるよりは寧ろ著しく公開協同的である。漁場の此特質が漁場を契機とせる漁場諸關係・漁場制度に如何に具現してゐるか、特に問題の漁場入會關係を如何に基礎づけてゐるか、是れ漁場入會關係の發生史に續いて當然取扱はねばならぬ問題である。

20) § 8 des Preuss. F.-G. 30/V 1874. 尙ほ獨乙諸地方には自由漁撈の制度の遺物が存續してゐる、例へば、ヘッセンに於ける手釣方法に依る自由漁撈 (Vgl. Schwappach, a. a. O. S. 334) やマゲデブルグに於ける自由漁撈 (Vgl. L. Brühl, a. a. O. S. 883) の如きである。

21) Hans Müller, "Die Koppelfischerei", S. 16 ff.

22) 蜷川虎三「水産經濟學」(更生閣「水産學全集」第十一卷 昭和八年)一五三頁。

水界は、多くの水法・海法學者が水法・海法の嚮導原理と認めてゐる如く、極めて多面的に利用することが出来る。其の漁業的利用の方面のみに就いて見ても、漁場は多くの利用方法を同時に許すことが出来る、蓋し水界の漁業的利用は立體的であり、重複的であり得るからである。

従つて同一水界部分上にも同時に二種以上の漁經營が存立することが出来、又殊に簡単な運用性漁具を以てする漁撈にあつては水界の生産的占有は全く單に瞬時的にして、一回の漁撈に續いて同種の漁撈が幾回も反覆せられ得るから、同一水界上に多數の者が漁撈に參與し得ることが可能である。この外、時期を異にし、對象を異にする多數の漁撈が同一水界上に行はれ得ることは勿論である。この點は、専ら平面的にのみ利用し得べく、農作物の性質上生産活動が必然一定期間の其の占有を必要とする農地に對して、漁場の著しき特質をなしてゐる。次に水界の漁業的利用は一般的には採取的にして自然所與物の一方的な採捕であり、未だ育成的利用に迄進んでゐない。従つて漁場の生産性も亦自然的所與の形態に於て存し、之に勞働を加注して生産性を増進するためには水界部分を實質的に劃して永く之を占有することが行はれず、漁場上には多數の漁撈が同時に並存することが出来、従つて農地の如くに、絶對排他的な個人の所有・用益の權利が一定面積の水界上に樹立せらるゝを要しない。勿論此の點に關しては、勞働手段たる漁具の性能と其私有制とから漁場の排他的個人的支配の要求の生じ來ることも否定し得ないし、又養殖の發達に伴ひて漁場生産性の保持増進のための勞働加注の行はるゝに至るや、一定水界部分に對する排他

個人的な用益・所有の權利の成立すべき必然性も考へられぬではない。けれども、漁場の相互的依存關聯性に規定せられて、漁場利用の諸形態中協同形態が最も優越的であるといふ點、又漁場生産性が一定水界部分に固定せず流動可變的であることによつて、その保持増進のための勞働の加注と雖も決して個人的に行はれ得べきではなく、協同的にのみ行はれ得べきである點を考慮すれば、漁場上の個人自由主義的關係の形成・發展が幾多の制限を漁場の性質から受けねばならぬことは明かである。此等諸理由に基つて、近代法制一般が個人主義的に體系づけられ、漁場制度も亦従つて原則的には前述の如く個人自由主義の方向に整備せられ、漁場の歸屬及其用益が私權的に確立されてゐるに拘らず、尙ほ此形式の下に舊慣を基礎とする漁場入會關係が複雑にして寧ろ變則的な關係として存續してゐるのである。

五 漁場入會關係の不合理性

入會漁場は前述の漁場制度史を背景とし漁場の特質に基きて、近代漁場制度の中にも座を占めてゐるが、斯の如くに存立してゐるからと云つて、それは決して合理的な漁場關係であるとは言ひ得ない。否寧ろ、それは漁場關係としては、其の整理を必要とする程度に不合理な存在である。漁場入會關係の不合理性は、然らば如何なる點にあるか。

一定の漁場關係の合理的なりや否やの基準は一般的には、前掲の漁場の諸特質に應じた其合理

的取扱に役立ち得るや否やにあるが、更に具體的にはその時代々々の漁場利用の技術的發達の程度と漁業經濟關係との考察を以て之を補はねばならぬ。茲に此等諸點に立入りて詳述する邊がないから、入會漁場の不合理な諸點を論ずるに當つて、先づ次の二點を指摘しておくに止めよう。第一に當時に於ては、既に永き中世の間に水産に關する知識が徐々に蓄積されたと其實際の應用の進歩せる結果、採捕技術の向上に加ふるに養殖技術も亦大に進歩し、雷タイヒウルトンヤフトに池中養殖のみならず陸内水界の開水養殖も亦著しく發達し、陸内水界の利用は既に養殖の利用方法を用ゐる程度に至つてゐたが、入會漁場關係は後に論及する如く斯の進歩せる技術の實現に對し一の阻碍的條件を成してゐた。次に、當時に於ては漁撈は最早や沿岸住民の直接的な消費のためではなしに、漁獲物を商品として販賣するために行はるゝに至つてゐた。商品經濟の一般的普及は經濟社會組織の個人的自由主義化を促進するが、漁業經濟の商品經濟化も亦漁業經濟の個人自由主義化を促し、漁場も個人的自由な漁權行使の對象となつたのである。舊時代の入會漁場に於ても同一水界部分上に多數漁撈者が同時に並存する點に於て近代の入會漁場と異なる所はないが、其利用が嘗ては沿岸住民の自家消費を目的とし、従つて胃壁が漁場の集約的利用に一の限界となつて居たし、又舊來の協同體的な諸關係が個々成員の漁場利用に或る制限と規律とを課してゐたに對して、商品經濟化せる近代漁業經濟の下では、漁業者の胃腑の限界を遙に超えた貨幣獲得のための集約的利用と、個人自由主義的な漁場利用の解放とが必要であつた。漁業法は此の必要に應じて

23) 簡単な敘述は、E. A. Schroeder, a. a. O. 及び Dr. Wilhelm Koch, a. a. O. を参照。

漁場に關する舊來の不確定な權利關係を改めて私的權利の制度を確立し、漁業者の漁場に對する弱き權利を強化し、各漁權者の漁權行使即ち漁場利用を彼等の自由に解放し、以て漁場の集約的利用に道を開いたのであるが、併し斯の如く一見合理的と思はるゝ近代漁場制度も、前述の如く不可避的に入會漁場の成立を隨伴し、而も漁場入會關係の下に各漁權者の自由な私利追求の結果たる漁場生産性の空乏化と、漁權者の過剰化及び漁場の細分化とを必然的に招くに至り、前掲の漁場の特質に適合せる其の合理的な利用方法——即ち、廣範域に跨る水域上に協同的な、規律的な且つ實效性の大きな愛護増殖的施設を實現し得べき漁場利用の方法——に對して著しき矛盾を生ずるに至つて、其の不合理性が露はになつて來たのである。入會漁場の不合理な諸點は大凡そ次の如くに約言することが出来るであらう。

第一に、漁業の技術上並びに經濟上有限な漁場の生産性を維持し若くは積極的に之が増進を圖らむがためには、漁業に關する側のみに就いて見る場合、(イ)漁撈力を現存の漁場生産性に順應せしめ酷漁に陥るを防止する目的上、一定面積の水界に於ける漁權者に適當な數的制限を加へ、漁權者と漁場生産性との比例關係を適正ならしめること、(ロ)此等の比較的少數な漁權者をして可及的に合理的な漁場利用方法を講ぜしめることが、必要である。然るに、入會漁場關係は此の要請に反して寧ろ漁權者の過剰化、漁場の細分化を無制限に促進する傾がある、盖し入會漁場上に競存する多數の漁權は一の私權として自由に分割し得るからである。又各漁權者が漁場の合理的

利用に留意しきへするならば漁權者の増加が必ずしも漁場の空乏化を齎らさぬ、と言ふことが出来るであらうが、「相聯れる水界上に多數の漁權者の競漁する時に於ては、立法的保護の手の加へらるゝに非ざれば、全人の全人に對する鬭争を避けることを得ず、遂に水族棲存量の完全な滅滅の結果を招徠すべし」との命題が、他の如何なる漁場關係にも優して漁場入會關係に特に妥當する、何者、此の關係の下に於ては各漁權者は特別の制限のなき限り自己の權利の範圍を顧慮せず、而も絶えず隣人の多獲に對する羨視・杞憂に鞭打たれつゝ、自己の漁權を無制限に行使して可及的最大の漁獲を爭ひ、其の結果、全入會漁場と之に聯る全漁場の價值を空しからしめるからである。

第二に、入會漁場上の漁權者が魚苗放流其他の方法を以て該漁場の荒廢を防止し若くは諸種の漁場保護施設を講ずることは、技術上は既に當時の増殖技術を以てせば可能であるが、併し漁場の用益が各個の漁權者に個別的に權利づけられ、而も個々の漁權が夫々別異の權源に基きて成立し、更に漁權の行使は勿論其の處分さへも自由である結果必然的に漁場細分化を伴ふが如き此の漁場入會關係に、此の種の施設の實際的效果を期待することは不可能に近い。蓋し、漁場の生産性は農地の如くに一定の水界部分に固定的に宿つてゐるのではなく、寧ろ反對に流動的であり、頗る可變的であり、相聯れる水界部分の間に波及し、相互に依存し合ふてゐるが故に、自由競争裡に個々相對立せる漁權者に彼等自己の計算に於てする愛護増殖的施設の實現を期待することは、殆ど全く不可能であるからである。漁場入會關係は斯くて啻に入會漁場の内容の損乏を

惹起するに止まらず、之に連る全水界の漁業的資源としての價值を低下せしめるのである。

第三に、以上に附加すべきは漁業規則との關係に於ける入會漁場關係の不合理性である。權源を異にせる多數の漁權者が競漁する入會漁場關係は、規律ある漁業監督や漁業警察的取締を著しく妨げ、諸種の不正行爲に門戸を開き、盜魚・密漁其他の反則行爲に機會を與へる。漁業法、刑法、漁業警察令其他に於て漁場愛護の目的を以て數多の規則を定めてゐるが、權利關係の内容が複雑にして且つ權利行使の様態が錯綜せる入會漁場に於て、各漁權者の漁撈の個々につきて其の適法なるや否やを見極めることは甚だ困難であり、又各漁權者をして其等規則を充分に遵奉せしめ得べき道は頗る狹隘である、と言はねばならぬ。入會漁場に關する此等凡ての事情は、入會漁場の價值を減少せしめるのみならず、之と相聯る水界全般の價值をも空乏化せしめる。

近代漁場制度の形成は一般的に之を論ずれば、其性質上協同的に利用して始めて合理的な利用方法を樹立することの出来る漁場を、其歸屬並びに用益について個人自由主義の權利關係に押込め、漁場の本質に反する制度の形成を意味してゐる。斯かる意味に於て近代漁場制度は全般的に漁場の合理的取扱の道を塞いでゐると見られるが、就中、漁場入會關係は、右に述べた如く、最も不合理な漁場關である、と言はねばならぬ。

以上、私は極めて簡單ながら、獨乙の入會漁場の意義を明かにし、其成立の漁場制度史上の一般的背景を述べ、其存立を漁場の特質から理由づけると共に其不合理性を論じて、獨乙の入會漁場に就いて大要を敍べたつもりである。尙ほ一層の詳しき説明が必要であるに拘らず茲に省略せねばならなかつた諸點は、追つて補説するであらう。

獨乙に於ても入會漁場の不合理性は夙に問題となり、既に十九世紀中葉に相次で制度された各聯邦の漁業法の多くが其の改廢・整理を規定してゐるのであるが、私は本稿の目的上故意に、近代漁業法に關して敍べた所では特別に之に觸れぬこととした。各聯邦の入會漁場整理施設を精察し、其效果を批判し、更に入會漁場整理の漁業經濟上の全意義を吟味することは、他の諸國に於ける同問題及び特に我國に於ける入漁並びに漁場入會に關する問題を研究することと共に、漁場制度研究上實際的に要求せらるゝ所の課題である。本稿を草せんとした私の意圖も右の課題を果さうとする點にあることは勿論であるが、私は、その研究に入るに先ちて、取敢ず以上を以て獨乙の入會漁場關係の大體を概説しようとしたのである。

(昭和九、十、二五)